

## SEMINARIO INTERNACIONAL EN CULTURA DE LA LEGALIDAD: “LOS DESAFÍOS DEL ESTADO DE DERECHO EN EL SIGLO XXI”

El Seminario Internacional en Cultura de la Legalidad: “Los Desafíos del Estado de Derecho” ha sido organizado por el **Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia** (GIDYJ) de la Universidad Carlos III de Madrid, en el marco de las actividades del proyecto **New Trust-cm Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad** (S2015/HUM-3466) financiado por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid.

El programa completo del Seminario está disponible en [www.derechoyjusticia.net](http://www.derechoyjusticia.net)

Las **comunicaciones** aquí recogidas fueron presentadas el día 13 de febrero de 2017 con motivo del I Seminario Internacional en Cultura de la Legalidad: “Los desafíos del Estado de Derecho en el siglo XXI”, celebrado en el campus de Getafe de la Universidad Carlos de Madrid bajo la dirección de María José Fariñas Dulce.

Las comunicaciones están disponibles en: <https://hdl.handle.net/10016/25562>



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons  
Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada

# O AXIOMA DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA COMO LEGISLADORA NEGATIVA

## THE AXIOMA OF THE SUPREME BRAZILIAN COURT AS A NEGATIVE LEGISLATOR

Nauana Mara Fabiano Campos de Oliveira<sup>1</sup>

Pilar Bacellar Palhano Neves<sup>2</sup>

### RESUMO

A supremacia e rigidez da Constituição Federal de 1988 atuam como base e premissas na apreciação da jurisdição constitucional. Esta, por sua vez, atua para prevenir sua violação e reprimir seu desconhecimento, elementos essenciais no Estado Democrático de Direito, possibilitando a justiça, paz social e a proteção de direitos fundamentais. Nessa esteira, o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade adota, como regra geral, o controle de Constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Contudo, verifica-se que há atualmente uma forte tensão entre os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Grande parte dessa tensão tem sido atribuída exatamente pela interferência jurisdicional da Suprema Corte nas atividades do Executivo e Legislativo. É nesse contexto, de instabilidade das instituições representativas dos Poderes, que o presente estudo aponta as discussões pertinentes aos conceitos de democracia e direito, para posteriormente compreender as controvérsias acerca de constitucionalismo e jurisdição constitucional, com o escopo de dirimir mais concretamente a função legiferante da Justiça Constitucional, notadamente o Supremo Tribunal Federal, enquanto Guardião máximo da Constituição Federal.

**Palavras chave:** Democracia. Tribunal Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade. Separação dos Poderes. Legislador Negativo. Legislador Positivo.

### ABSTRACT

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), Pós Graduada em Criminologia pela Faculdade Einstein (FACEI) e Pós Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio.

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras de São Luís, Mestre em Gestão de Programas e Serviços de Saúde pela Universidade Ceuma (Uniceuma), Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), MBA em Gestão de Saúde pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Ceuma (Uniceuma).

The supremacy and rigidity of the Federal Constitution of 1988 act as a basis and premises in the appreciation of the constitutional jurisdiction, to prevent its violation and to repress its ignorance, essential elements in the Democratic State of Law, enabling justice and social peace, as well as the protection of rights Fundamental principles. In this wake, the Brazilian system of constitutionality control adopts, as a general rule, the control of Constitutionality by the Judiciary. However, there is a strong tension between the three branches: Executive, Legislative and Judiciary. Much of this tension has been attributed precisely by the Supreme Court's interference in the Executive and Legislative activities. It is in this context, from the instability of the Institutions representative of the Powers, that the present study points the discussions pertinent to the concepts of democracy and law, to later understand the controversies about constitutionalism and constitutional jurisdiction, with the scope to more concretely resolve the legifi- Constitutional Justice, notably the Federal Supreme Court, as the maximum Guardian of the Federal Constitution.

**Keywords:** Democracy. Constitutional Court. Supreme Constitutional Court. Constitutionality Control. Separation of Powers. Negative Legislator. Positive Legislator.

**SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO .....	4
2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO .....	5
3. SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	6
4. O AXIOMA DE LEGISLADOR NEGATIVO NO STF .....	8
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	15
6. REFERÊNCIAS.....	17

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar o axioma do Supremo Tribunal Federal como legislador Negativo, no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade, como preceito dos Estados Democráticos de Direito.

Sem dúvida, a supremacia da Constituição obteve uma notável importância nos Estados Democráticos de Direito. Indubitavelmente, um dos fenômenos de maior relevância após a 2ª guerra mundial foi o nascimento e expansão da justiça constitucional.

No Brasil, a Constituição, enquanto norma fundamental, é dotada de uma rigidez formal, ou seja, só é possível modificá-la por mecanismos especiais de reforma, revisão ou emendas. Essa maior dificuldade a coloca no vértice do ordenamento jurídico, condicionando todas as normas do sistema à sua conformidade. Frisa-se que somente em Constituições de caráter rígido é possível realizar o controle de constitucionalidade, pois se não existir diferença formal entre as normas, não há que se falar em normas infraconstitucionais.

O princípio da supremacia, por sua vez, requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos consagrados na Constituição, não se satisfazendo apenas com a atuação positiva – em conformidade com a Constituição – como também combate à inércia regulamentar, conduta omissiva, que consiste na edição de ato exigido pela carta magna.

Assim, a supremacia estabelece a posição hierárquica das normas. Essa hierarquia se justifica a fim de manter a estabilidade social, constituindo um sistema de regras básicas, a que se submete toda a sociedade.

Por esta razão, o Estado assume responsabilidade primordial na jurisdição constitucional, possibilitando a justiça e paz social, bem como a proteção de direitos fundamentais. Nessa esteira, necessária é a discussão sobre as formas e modos de defesa da Constituição, através do controle de constitucionalidade.

A fonte principal da pesquisa é a doutrina e como fonte subsidiária a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De modo que os fundamentos teóricos serão estabelecidos com fulcro a contextualizar o tema proposto. Para tanto, será examinado, numa abordagem

histórica, a) os sistemas de controle de constitucionalidade, b) a teoria da separação dos poderes e c) a atuação do STF como legislador negativo ou positivo.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade adota, como regra geral, o controle pelo Poder Judiciário. O procedimento tem natureza mista, sendo difuso/incidental e concentrado.

O controle incidental (de influência americana) é exercido de modo difuso, por todos os juízes e tribunais. Por outro lado, no controle abstrato ou concentrado (de influência do modelo europeu) compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, desempenhando de modo concentrado e privativo o controle abstrato de constitucionalidade das normas em face da Carta Magna.

Os controles principais, por via de ação direta, possuem cinco modalidades: a) ação direta de inconstitucionalidade (genérica)<sup>3</sup>; b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>4</sup>; c) ação declaratória de constitucionalidade<sup>5</sup>; d) ação direta interventiva<sup>6</sup>; e) arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>7</sup>.

Sobre o caráter híbrido dos sistemas de controle de constitucionalidade, esclarece Sampaio (2002):

A forma mista é, assim, inevitável, ao contemplar ações de fiscalização abstrata em meio a processos subjetivos em defesa de interesses concretos, não sendo desprezível a idéia de que, mesmo nos sistemas concentrados, os incidentes de inconstitucionalidade terminam por desempenhar um papel híbrido, de proteção dos direitos e da ordem constitucional [...] não há, na prática, um sistema puramente concreto ou puramente abstrato, nem totalmente concentrado ou difuso. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, também detém competência para conhecer de conflitos entre Estados e, pela sua posição institucional, termina dando a última palavra em matéria constitucional, não sendo rara a hipótese de ação declaratória simulada. Nas jurisdições de Corte Constitucional, há sempre

---

<sup>3</sup> Constituição Federal do Brasil de 1988 – Art. 102, I, a.

<sup>4</sup> *Idem* – Art. 103, § 2º.

<sup>5</sup> *Idem* – Art. 102, I, a.

<sup>6</sup> *Idem* – Art. 36, III.

<sup>7</sup> *Idem* – Art. 102, §1º.

uma competência residual para as instâncias ordinárias, ainda que indiretamente de termos constitucionais.<sup>8</sup>

Não obstante, frisa-se por oportuno haver previsão no ordenamento jurídico pátrio algumas hipóteses em que o controle de constitucionalidade poderá ser exercido pelo Executivo e Legislativo. Contudo, por questões didáticas não será apreciado no presente estudo.

Verifica-se, neste ponto, ser essencial uma pausa para breve análise do princípio da tripartição ou separação dos poderes, de modo então a adentrar na discussão acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo.

### 3. SEPARAÇÃO DOS PODERES

Conforme leciona Canotilho (2003), “o princípio da separação de poderes é, como princípio organizatório estrutural, uma das grandes constantes do Estado Constitucional”<sup>9</sup>.

Nessa perspectiva, o artigo 2º da Constituição Federal declara o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como os poderes da república do Brasil, independentes e harmônicos entre si. Observa-se uma divisão funcional dos órgãos para o exercício das funções estatais essenciais.

Essa distinção, segundo o critério funcional, é a chamada separação de Poderes. Referida divisão já havia sido apontada por Aristóteles, na obra “Política”, por John Locke, Rousseau, entre outros. Porém, foi em Montesquieu, na obra “O espírito das leis”, que houve larga difusão da aludida teoria.

O critério de divisão proposto por Montesquieu estabelecia dupla natureza: de caráter horizontal e vertical. Na esfera horizontal, um órgão serve de limite de atuação do outro, contrapondo-o. Enquanto que no âmbito vertical, há divisão do poder soberano consoante suas funções precípua. Frise-se que o poder estatal é único e indivisível, o que se reparte são suas funções.

---

<sup>8</sup> SAMPAIO, André Borges Serrão – I NFORMAÇÕES Nº AGU/AS-01/2000 (ADIn nº 2154). [Em Linha]. **Revista Jurídica Virtual, Presidência da República – Casa Civil (Subchefia para assuntos jurídicos)**. Brasília, v. 2, nº 13, jun. 1999. [Consult. 10 nov. 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_13/Agua.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/Agua.htm). Acesso em: 02 ago. 2008.

<sup>9</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 9789724021065. p. 555.

Nessa esteira, cabia ao Poder Executivo exercer as funções de Governo; ao Poder Legislativo a elaboração de atos normativos e ao Poder Judiciário o exercício da jurisdição (aplicação das leis ao caso concreto).

Para evitar atuações de forma abusiva e arbitrária, Montesquieu propôs o sistema de freio e contrapesos, que consiste numa forma de fiscalização e controle recíproco. Ou seja, de um poder sobre o outro, para preservação da harmonia entre dos poderes. Nas palavras de Montesquieu, “todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”<sup>10</sup>.

Para além da defesa da soberania popular, entende-se, neste ponto, que o controle jurisdicional constitucionalidade constitui mecanismo de freios e contrapesos, coibindo excessos cometidos pelos demais poderes.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional<sup>11</sup>.

Ressalta-se, contudo, que o controle de constitucionalidade difere em alguns aspectos do clássico modelo separação dos Poderes. Como dito, na teoria de Montesquieu, os juízes estavam contidos à lei. Já na jurisdição constitucional, em nome da supremacia da Carta Magna, há de certo modo uma sobreposição às leis, podendo o juiz negar-lhes aplicação.

Como veremos a seguir, o “aspecto mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> MONTESQUIEU – **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 136.

<sup>11</sup> KRELL, Andreas Joachim - **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre, S.A. Fabris, 2002. ISBN: 8575251961. p. 22.

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro – **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 26.



#### 4. O AXIOMA DE LEGISLADOR NEGATIVO NO STF

O Supremo Tribunal Federal é o órgão da cúpula do Poder Judiciário brasileiro. Sua competência está elencado no art. 102 da Carta Magna. Destaca-se que o Constituinte estabeleceu, em sede de competência recursal, o STF como última instância. Por outro turno, conferiu à Suprema Corte competências originárias, as quais desempenha funções típicas de um Tribunal Constitucional. Neste interim, compete a ele exercer, com exclusividade, o controle de constitucionalidade abstrato das normas.

A despeito da concepção de constitucionalidade e inconstitucionalidade, importante é o ensinamento de Jorge Miranda, ao apontar um conceito de relação, ou seja, "a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - um comportamento - que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido"<sup>13</sup>.

Percebe-se que o conceito de (in) constitucionalidade não exprime somente uma conformidade ou não com a Constituição. Antes, “constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção - de nulidade ou de anulabilidade - por desconformidade com o ordenamento constitucional”<sup>14</sup>.

De modo que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, a jurisprudência da Suprema Corte tem adotado o entendimento de que seu papel limita-se a paralisar a eficácia da norma e não inová-la, modificá-la ou alterá-la de qualquer forma, conforme assevera voto do Ministro Celso de Mello:

Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 9723204193. p. 273-274.

<sup>14</sup> BITAR, Orlando – **A lei e a constituição**. In: Obras completas de Orlando Bitar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v.1. p. 477.

<sup>15</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **ADI-MC: 1063**. [Em Linha]. Relator: Min. Celso De Mello, Data de Julgamento: 18/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-01 PP-00083 RTJ VOL-0178-1 PP-00022, Brasília, DF. [Consult. 20 nov. 2016]. Disponível em

Verifica-se, em verdade, que o STF reiteradamente afirma o seu impedimento de inovação do sistema jurídico, cabendo a função precípua de afastar as normas que julgue em desacordo com as preceitos constitucionais. Em outras palavras, o discurso adotado pela Suprema Corte é pela “impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, resguardada a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade”<sup>16</sup>.

Nas decisões excelsas, é imputado a Hans Kelsen o emprego do conceito de legislador negativo (*der negative Gesetzgeber*), especialmente pela sua emblemática defesa da criação de um Tribunal Constitucional responsável pela fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e atos normativos.. De fato, a partir da teoria pura do direito, Kelsen consolidou o modelo de controle abstrato e concentrado, consagrados na Constituição austríaca de 1920 e 1929 respectivamente.

Para Kelsen, a atividade desempenhada pelos membros do Tribunal Constitucional, qual seja, o controle de compatibilidade entre a Constituição e a lei, tem natureza legislativa. Os membros da Corte Constitucional não aplicam a lei aos casos concretos, mas analisam a compatibilidade de uma norma abstrata com a Lei Fundamental, eliminando-a do ordenamento, se for o caso, no exercício de uma atividade alternativa ao processo usual de revogação das leis.

O poder de legislar era exercido tanto pelo Parlamento, como pelo Tribunal Constitucional. O primeiro era o legislador positivo; o segundo era o legislador negativo, entidade responsável pela eliminação de leis contrárias à Constituição. A anulação de uma lei pelo Tribunal Constitucional teria o mesmo caráter geral da promulgação de uma lei pelo Parlamento. Kelsen vislumbra apenas uma diferença quantitativa entre o caráter político da legislação e o da atividade desempenhada pelos Tribunais Constitucionais.<sup>17</sup>

Paradoxalmente, em regra, para o STF “a aplicação judicial do direito consistiria em atividade puramente cognitiva ou interpretativa, é dizer, despida de dimensão criativa, pois

---

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2892478/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1063-df/inteiro-teor-101163305?ref=juris-tabs#>.

<sup>16</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Agravo Regimental em AI nº 737185**. [Em Linha]. Relator: Min. Dias Toffoli. Ata nº 197/2012. DJE nº 248, divulgado em 18/12/2012, Brasília, DF. [Consult. 20 nov. 2016]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=208028873&tipoApp=.pdf>.

<sup>17</sup> BARRETO GADELHA, Gabriela – **A nova configuração do controle de constitucionalidade no Brasil: o fim dos rígidos limites entre os controles abstrato e difuso**. [Em Linha]. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2009. Dissertação de Mestrado em Direito. [Consult. 20 nov. 2016]. Disponível em <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4742>.

caberia ao intérprete apenas desvendar a vontade pré-estabelecida pelo legislador contida na norma. Haveria, portanto, clara distinção de natureza entre as funções legislativa (criativa) e judicial (interpretativa)”<sup>18</sup>. De sorte a haver um sincretismo entre teorias distintas (positivismo e normativismo) pra fundamentar seu papel de legislador negativo.

Na conjuntura da sociedade atual, a concepção Kelseniana de tribunal constitucional como legislador negativo já não responde mais totalmente aos anseios da sociedade. De modo que passou-se a debater na Suprema Corte a consistência teórica da distinção entre legislador negativo e positivo, posto que em diversos momentos será exigido do intérprete a atribuição de “significados concretos normas de textura aberta, efetuando escolhas justificadas e submetendo-se ao teste da crítica pública”<sup>19</sup>.

Em verdade, o próprio Kelsen previa casos em que inevitavelmente o tribunal constitucional operaria como legislador, criando Direito substantivo, sem “estar obrigado por nenhum Direito substantivo preexistente”<sup>20</sup>.

A limitação das possibilidades decisórias à dicotomia nulidade versus constitucionalidade tem se revelado demasiadamente restrita para a superação dos multifacetados desafios colocados sob o exame da jurisdição constitucional. Objetivando superar essa insuficiência, foram desenvolvidas outras técnicas decisórias, como a interpretação conforme a Constituição, a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, a de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a de lei ainda constitucional e a de apelo ao legislador, além da modulação de efeitos da decisão.<sup>21</sup>

Importante destacar que, ao regulamentar o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a Lei 9.868/99 mitigou expressamente o axioma de legislador negativo. Senão vejamos:

Art. 27 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal

<sup>18</sup> BRANDÃO, Rodrigo – O STF e o Dogma do Legislador Negativo. [Em Linha]. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. N.º 44, 2014. [Consult. 20 out. 2016]. Disponível em <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/385>.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto – O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788502629257. p. 193.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans – **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 243.

<sup>21</sup> ANDRADE, M., & ROSA, W. (2016) – Admissibilidade e Limites das Sentenças Aditivas: Jurisdição Constitucional Para Além Do Legislador Negativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. [Em Linha]. N.º 40(1), 122-144. [Consult. 10 nov. 2016]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v40i1.37655>.

Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 28 Art. 28, Lei 9.868/99 - Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Nesse ponto, em especial atenção a interpretação conforme a Constituição, importante destacar a inconstitucionalidade por omissão legislativa. Assim é que “a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação”<sup>22</sup>.

Cumprе estabelecer a distinção entre ação de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. No primeiro caso, no dizer de Velloso (1992), “a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”<sup>23</sup>. Na segunda hipótese, ele acrescenta que “reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão de ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável”.

À luz das teorias empregadas, em sede de controle de constitucionalidade, qual a melhor medida a ser aplicada em caso de omissão legislativa? Declará-la totalmente inconstitucional, fazendo cessar todos os seus efeitos ou buscar alternativas visando a satisfação isonômica das partes atingidas, preservando que já foi conquistado? Para

---

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira – **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502622746. p. 1070.

<sup>23</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva – **A novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o habeas data, o mandado de injunção e a ação popular para defesa da moralidade administrativa**. In: SANTOS, Ernane Fidelis dos (Coord.). *Atualidades jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. v. 2 p. 121-137.

Bittencourt, se “uma parte da lei é inconstitucional, esse fato não autoriza o s tribunais a declarar também ineficaz a parte restante”<sup>24</sup>.

Como bem assevera o Ministro Gilmar Mendes, buscando sobrepujar pontos como esse, percebe-se, ainda que timidamente, um movimento da Corte pelo entendimento de que as técnicas decisórias tradicionais já não respondem satisfatoriamente, mais ainda na resolução de omissões legislativas inconstitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de self-restraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. No recente julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) acabou adicionando lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei. Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos.<sup>25</sup>

Nesse prisma, Souza (2013) esclarece que “a doutrina e a jurisprudência devem buscar mecanismos para controlar e superar as omissões do legislador, o que importa tanto na reanálise de instrumentos já previstos na Constituição, mas também na extração, do próprio ordenamento jurídico, de novas possibilidades para realização desse controle”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> BITTENCOURT, L. – **O controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 126.

<sup>25</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **ADI: 1351**. [Em Linha]. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 07/12/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007 PP-00031 RTJ VOL-00207-01 PP-00116. Brasília, DF. [Consult. 20 nov. 2016]. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730359/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1351-df/inteiro-teor-103116517>.

<sup>26</sup> SOUZA, Luiz Henrique Boselli de – A s sentenças aditivas na Jurisdição Constitucional. [Em Linha]. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 3, p. 99-117, 2013. p.

Importante sinalizar que, a doutrina estabelece as sentenças que de algum modo altera o sentido original da norma, denominando-as de manipulativas. Na lição de Carlos Morais Blanco (apud Xavier, 2009) elas podem ser: a) sentenças restritivas dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade; b) sentenças interpretativas de acolhimento ou condicionais; e c) sentenças portadoras de efeitos aditivos<sup>27</sup>.

Em sessão plenária do dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem nos MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Dessa forma, reafirmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a **prolongada mora legislativa**, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a **aplicação das normas correlatas** previstas no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. Na mesma ocasião, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que os Ministros decidam monocraticamente e definitivamente os casos idênticos<sup>28</sup>. (grifo nosso)

Por sentença aditiva, traz-se o ensinamento de Fátima de Sá (2009)

Inicialmente, as sentenças aditivas podem ser definidas como aquelas que declaram que ao preceito impugnado lhe falta algo para ser conforme à Constituição, devendo, assim, o preceito ser aplicado incluindo aquilo que lhe faltava. Nesse passo, é declarada a inconstitucionalidade do preceito na parte em que não inclui algo ou alguém. Censuram, dessa forma, uma omissão legislativa inconstitucional, entendida aqui como um silêncio parcial do legislador, que cria uma situação contrária à Constituição, pois, na maior parte das vezes, violam o princípio da igualdade. Em sentido amplo, podem ser descritas, conforme Revorio, como aquelas que sem afetar o texto da decisão impugnada, produzem um efeito de extensão ou ampliação de seu conteúdo normativo, assinalando que tal

---

101,102. [Consult. 27 nov. 2016]. Disponível em [http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77).

<sup>27</sup> XAVIER, Taciana – **A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro**. In: MORAIS, Carlos Blanco de (org.) – As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 363.

<sup>28</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Omissão Inconstitucional**. [Em Linha]. Brasília, DF. [Consult. 26 nov. 2016]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>.

dispositivo deve incluir algo que no texto da disposição não prevê expressamente. Assim, a inconstitucionalidade é declarada não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, a fiscalização recai no fato da norma não prever aquilo que deveria estar previsto para ser conforme à Constituição.<sup>29</sup>

Sem aprofundar no debate por ora, cediço é que as sentenças aditivas em sede de controle de constitucionalidade causam grandes controvérsias na seara da jurisdição Constitucional.

O juiz constitucional seria um contra-legislador e não outro legislador. Afinal, a limitação do controle de constitucionalidade ao aspecto negativo “é justificada pelo princípio democrático e pelo princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania” (CANOTILHO, 1994, p. 1094). Portanto, a principal crítica às sentenças aditivas é a alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois os provimentos aditivos da jurisdição constitucional teriam o condão de acrescentar normas gerais e abstratas ao ordenamento jurídico, implicando, inevitavelmente, em escolhas valorativas e discricionárias, as quais, entretanto, estariam à margem do controle democrático dos representantes popularmente eleitos (CANOTILHO, 1994, p. 1095).<sup>30</sup>

De outro turno, destaca Nobre Júnior (2006) que há considerável distinção na natureza da atividade legislativa e a sentença aditiva, decorrente do princípio de harmonização com a Constituição. Para ele, “ao contrário do que acontece com o legislador, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, com a discricção àquele peculiar, mas tão só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor do intérprete”<sup>31</sup>.

Outro não é o posicionamento jurisprudencial abaixo, consoante se verifica no Mandado de Injunção nº 712/PA:

Iniciado julgamento de mandado de injunção impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP contra o Congresso Nacional, em que se pretende seja garantido a seus associados o direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF

---

<sup>29</sup> SÁ, Fátima de – Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In. MORAIS, Carlos Blanco de (org.) – As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 428-429.

<sup>30</sup> ANDRADE, M., & ROSA, W. (2016). Admissibilidade E Limites Das Sentenças Aditivas: Jurisdição Constitucional Para Além Do Legislador Negativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. [Em Linha]. N.º 40(1), 122-144. [Consult. 10 nov. 2016]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v40i1.37655>.

<sup>31</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira – **Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo**. [Em Linha]. id/496902, 2006. [Consult. 8 nov. 2016]. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92746/Nobre%20J%C3%BAnior%20Edilson.pdf?sequence=4>.

(“Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;”). O Min. Eros Grau, relator, acompanhado pelo Min. Gilmar Mendes, conheceu do mandado de injunção para, enquanto a omissão não for sanada, aplicar, observado o princípio da continuidade do serviço público, a Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada (CF: “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.”). Salientando a necessidade de se conferir eficácia às decisões proferidas pelo Supremo no julgamento de mandados de injunção, o relator reconheceu que a mora, no caso, é evidente e incompatível com o previsto no art. 37, VII, da CF, e que constitui **dever-poder deste Tribunal a formação supletiva da norma regulamentadora faltante, a fim de remover o obstáculo decorrente da omissão**, tornando viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. Após, pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski. MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 7.6.2006. (MI-712). <sup>32</sup>(grifo nosso)

Nesse raciocínio, conclui-se que, em que pese vasta jurisprudência do STF proclamar a impossibilidade do judiciário atuar como legislador positivo, extrai-se das decisões da Suprema Corte sua atuação de forma positiva, em consonância com atual demanda da jurisdição constitucional. Não se confunde, entretanto, com a atividade precípua do Poder Legislativo, que se distingue na forma e natureza.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição ocupa o mais elevado grau no ordenamento jurídico pátrio. De modo que todas as demais normas, ditas infraconstitucionais, devem estar em conformidade com ela, em decorrência da sua Supremacia.

Os valores e princípios consagrados formalmente na Constituição Federal de 1988 vieram informar as bases para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, sendo o Controle Jurisdicional de Constitucionalidade um dos instrumentos mais adequados para a

---

<sup>32</sup> Supremo Tribunal Federal - **MI: 712 PA**. [Em Linha]. Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. [Consult. 29 dez. 2016]. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>



garantia de sua efetividade e concretização. À guisa da Constituição vigente, o Brasil adota o sistema híbrido de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado.

O Brasil adota a tripartição dos Poderes, atuando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de forma independente e harmônica entre si. Porém, necessário nessa esteira, haver medidas que servissem de freios e contrapesos, com o intuito de coibir excesso de poder. Neste condão, nos casos em que a Suprema Corte precisa intervir em outras esferas, é com fulcro a estabelecer a supremacia da Constituição Federal.

É corolário na jurisprudência constitucional brasileira a evocação da teoria, difundida por Kelsen, da atribuição de legislador negativo aos Tribunais Constitucionais. Nesse contexto, entende-se por legislador negativo o ato da Corte negar eficácia de norma inconstitucional, retirando sua aplicabilidade.

A ação de inconstitucionalidade por omissão somente é cabível quando está patente na Constituição o dever de legislar ou o dever de agir dos Poderes Legislativo e Executivo. Em outras palavras, caberá esse tipo de ação toda vez que um órgão, que deveria executar a vontade constitucional, não o fizer. Por outro turno, não se confunde com mandado de injunção, posto que este tem a função precípua de tutelar direitos subjetivos. Diferem ainda quanto à legitimidade e competência. Contudo, ambas as técnicas são de suma importância, visto que há casos até hoje insolúveis diante da inércia legislativa.

Para dirimir os efeitos dessa omissão legislativa, interpretando a norma em consonância com princípios constitucionais já existentes, logo em harmonia com a Constituição, o STF tem emitido decisões de caráter aditivo, como em casos que há lesão ao princípio da igualdade.

Ante o exposto, é possível concluir que cabe ao Poder Judiciário fazer prevalecer a Constituição Federal, quer suprimindo normas que com ela sejam incompatíveis, quer suprimindo as omissões legislativas que tornam inaplicáveis a sua efetivação. Essa atuação da Suprema Corte, em que pese seu axioma de atuar nos limites do conceito de legislador negativo, importa em verdadeira atividade de legislador positivo.

## 6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, M., & ROSA, W. (2016). Admissibilidade E Limites Das Sentenças Aditivas: Jurisdição Constitucional para além do Legislador Negativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. [Em Linha]. N.º 40(1), 122-144. [Consult. 10 nov. 2016]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v40i1.37655>.
- BARRETO GADELHA, Gabriela – **A nova configuração do controle de constitucionalidade no Brasil: o fim dos rígidos limites entre os controles abstrato e difuso**. [Em Linha]. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2009. Dissertação de Mestrado em Direito. [Consult. 20 nov. 2016]. Disponível em <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4742>.
- BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788502629257.
- BITAR, Orlando – **A lei e a constituição**. In: Obras completas de Orlando Bitar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v.1.
- BITTENCOURT, L. – **O controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 126.
- BRANDÃO, Rodrigo – O STF e o Dogma do Legislador Negativo. [Em Linha]. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. N.º 44, 2014. [Consult. 20 out. 2016]. Disponível em <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/385>.
- CANOTILHO, J.J Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 9789724021065
- CAPPELLETTI, Mauro – **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CASTRO, João Bosco Marcial de – **O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. ISBN 9788560520855.
- KELSEN, Hans – **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim - **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre, S.A. Fabris, 2002. ISBN: 8575251961.

MENDES, Gilmar Ferreira – **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502622746.

MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 2008. ISBN 9723204193.

MONTESQUIEU – **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo : Saraiva, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco de – **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 6-9; 15-33; 363-373; 391-393; 423-429.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos – **Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira – **Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo**. [Em Linha]. id/496902, 2006. [Consult. 8 nov. 2016]. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92746/Nobre%20J%C3%BAnior%20Edilson.pdf?sequence=4>.

SAMPAIO, André Borges Serrão – INFORMAÇÕES Nº AGU/AS-01/2000 (ADI nº 2154). [Em Linha]. **Revista Jurídica Virtual, Presidência da República – Casa Civil (Subchefia para assuntos jurídicos)**. Brasília, v. 2, nº 13, jun. 1999. [Consult. 10 nov. 2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_13/Agu.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/Agu.htm). Acesso em: 02 ago. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 9788502634916.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de – **As sentenças aditivas na Jurisdição Constitucional**. [Em Linha]. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 3, p. 99-117, 2013. p. 101,102. [Consult. 27 nov. 2016].

Disponível em  
[http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADI: 1351. [Em Linha]. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 07/12/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007 PP-00031 RTJ VOL-00207-01 PP-00116. Brasília, DF. [Consult. 20 nov. 2016]. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14730359/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1351-df/inteiro-teor-103116517>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **ADI-MC: 1063**. [Em Linha]. Relator: Min. Celso De Mello, Data de Julgamento: 18/05/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-01 PP-00083 RTJ VOL-0178-1 PP-00022, Brasília, DF. [Consult. 20 nov. 2016]. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2892478/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1063-df/inteiro-teor-101163305?ref=juris-tabs#>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – **Mandado de Injunção: 712 PA**. [Em Linha]. Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. Brasília, DF. [Consult. 29 dez. 2016]. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de injunção nº 670-9/ES**. [Em Linha]. Relator: Min. Maurício Corrêa; Relator p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 de outubro de 2007. DJE n. 206, Brasília, DF. [Consult. 20 nov. 2016]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/MI670Lew.pdf>.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva – **A novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o habeas data, o mandado de injunção e a ação popular para defesa da moralidade administrativa**. In: SANTOS, Ernane Fidelis dos (Coord.). Atualidades jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. v. 2 p. 121-137.

XAVIER, Taciana – **A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro**. In: MORAIS, Carlos Blanco de (org.) – As sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 363.